

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Derecho de autor y acceso a la información en el ámbito digital

Dusollier, Séverine

Published in:
Read*Write*Execute

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Dusollier, S 2002, 'Derecho de autor y acceso a la información en el ámbito digital', *Read*Write*Execute*.
<http://www.centrodearte.com/plantillas/revista/revistas/img_index/ver_ensayos.asp?id_ensayo=10>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Derecho de autor y acceso a la información en el ámbito digital.

Séverine Dusollier

(traducción de César Rendueles y Teresa Rendueles)

Introducción

Los primeros gurús de Internet predecían el nacimiento de un nuevo mundo, de una nueva comunidad en la que todo se compartiría e intercambiaría. Dado que el ciberespacio estaría abierto a todos, sería un ámbito de libre acceso al saber, a la cultura y al ocio en el que no tendría cabida ninguna clase de derecho privado. Así, por ejemplo, el derecho de autor moriría naturalmente a raíz de la imposibilidad esencial de fijarlo en objetos inmateriales, sin soporte, cuya apropiación por cualquier usuario sería imposible de evitar. "El barco del *copyright* hace agua por todas partes –dijo John Perry Barlow de la Electronic Frontier Foundation– y nada se puede hacer para impedir que las ideas circulen y se difundan.¹ Debemos olvidar todo lo que sabemos acerca de la propiedad intelectual."

En efecto, aunque el derecho y la propiedad intelectual están cambiando enormemente, la idea de una Internet libre y gratuita ha sobrevivido y algunas decisiones recientes, de entre las cuales sin duda la más difundida ha sido la del caso Napster, así lo confirman de modo conspicuo. Ya desde los primeros años de la red este proyecto utópico se vio sometido a un constante acoso y los tribunales no han dejado de aplicar en este nuevo medio el derecho existente.

En consecuencia, tanto los jueces como el legislador han de enfrentarse a uno de los desafíos fundamentales que plantea lo que se ha dado en llamar "sociedad de la información": la construcción de un marco jurídico coherente y equilibrado que responda al cambio de modelo económico y socio-cultural y, al mismo tiempo, garantice las libertades y derechos fundamentales en el entorno digital. El derecho de autor forma parte de este entramado, es más, probablemente constituye una de sus piedras angulares. El contenido de la era digital consistirá, fundamentalmente, en obras que aspiran a la protección que ofrece el derecho de autor. Ahora bien, la digitalización y la circulación de obras por redes como Internet posibilitan la realización de copias de gran calidad con rapidez y a bajo precio, así como la difusión de las obras reproducidas entre un gran número de personas sin reparar en fronteras o aduanas. Por otra parte, las obras digitalizadas resultan fáciles de modificar e incluso de manipular, lo que supone una amenaza potencial para el derecho moral de los autores. Así pues, no resulta sorprendente que el derecho de autor sea uno de los primeros ámbitos que ha suscitado la atención de la comunidad internacional.

En efecto, no han tardado en hacer aparición en el plano nacional e internacional iniciativas tanto técnicas como legislativas dirigidas a reforzar la protección del derecho de autor en este nuevo espacio.² Ya en 1996 la comunidad internacional aceptó dos tratados concertados bajo los auspicios de la OMPI que pretendían dar respuesta a las principales preocupaciones de los autores y también los legisladores nacionales y regionales han aprobado textos con el mismo propósito.

Sin embargo, con este fortalecimiento del derecho de autor se corre el riesgo de provocar una ruptura sin precedentes de la estabilidad inherente a todos los sistemas de propiedad intelectual.³ El derecho de autor se asienta sobre un compromiso básico: el equilibrio de intereses entre, por un lado, la protección de la creación y de los autores y, por otro, la defensa del interés público y las libertades fundamentales.⁴ Este equilibrio se deriva principalmente de uno de los fundamentos esenciales del derecho de autor, como es el fomento del progreso de las ciencias y las artes, además de la difusión cultural. En términos generales, todo sistema de derechos de autor se apoya

en los siguientes principios y objetivos, si bien la ponderación de cada uno puede variar según el sistema jurídico en cuestión:

- Necesidad de una remuneración de los autores: el derecho de autor es la indispensable retribución del trabajo del autor que le permite gozar con normalidad de los frutos de su actividad, es decir, de su obra.
- Promoción de la creación: en principio, el derecho de autor estimula la producción de bienes de valor intelectual al garantizar a los autores la protección de los bienes creados y, por consiguiente, la rentabilidad de las actividades creativas. En consecuencia, se revaloriza la oferta de este tipo de bienes y su adecuada distribución.
- El derecho de autor es un instrumento de la política cultural cuyo objetivo es sostener y regular la difusión y la circulación de las ideas y de la cultura. En este sentido, los derechos del autor y las limitaciones a estos derechos constituyen los dos puntos de apoyo de esta política.

En resumen, todo régimen de derecho de autor otorga un monopolio al creador sobre la base de un compromiso entre los intereses de los autores y “los intereses de la sociedad que exige la libre circulación de ideas, información e intercambios comerciales”.⁵ Nos encontramos, pues, con la idea de un contrato social entre el autor y la sociedad.⁶

Numerosos principios del derecho de autor ilustran la búsqueda de este equilibrio.⁷ Así, tanto la duración del derecho como su alcance son limitadas pero más relevante aún resulta el recurso al criterio de originalidad a la hora de definir la noción de obra susceptible de protección, ya que constituye un instrumento esencial para trazar la frontera entre lo que está protegido y lo que resulta de dominio público. Otra consecuencia que cabe destacar es la doctrina de la dicotomía entre la idea y la expresión de una obra, de modo que sólo esta última está sujeta a protección. Finalmente, se concede a los usuarios algunas excepciones que reflejan la necesidad de salvaguardar ciertos valores esenciales tales como la libertad de expresión, la protección de la vida privada, el acceso a la información y a la cultura, así como la difusión del saber mediante la educación, la investigación y el acceso a las bibliotecas.

No obstante, en ocasiones, este equilibrio se ve amenazado por la evolución técnica y legislativa de la sociedad de la información. El derecho de autor crece tanto en lo que toca a su objeto como por lo que respecta al alcance de su protección. Recientemente, se ha prolongado el plazo de extinción del derecho en numerosos países, particularmente en Europa y Estados Unidos, de modo que ha pasado de cincuenta años tras la muerte del autor a setenta años.⁸ En cuanto a la información bruta –que tradicionalmente no estaba al amparo del derecho de autor–, se ha vuelto indirectamente susceptible de apropiación gracias al derecho *sui generis* que rige las bases de datos.

Las excepciones y limitaciones del derecho de autor –instrumento esencial en la definición de este equilibrio– pueden reducirse tanto por efecto de la ley como por la progresiva utilización de contratos y de tecnología en la aplicación del derecho de autor.

El mantenimiento del equilibrio entre el derecho de autor y el acceso a la información es y seguirá siendo un reto fundamental de la sociedad de la información. Las amenazas a la transmisión del saber y al acceso a los contenidos culturales e informativos son preocupantes. Los legisladores y la sociedad civil en general deberían dar respuesta a estas cuestiones y mitigar estas amenazas; sobre todo, es necesario preservar el principio de que el derecho de autor no debe servir para

ahondar el abismo que separa a los países industrializados de los países en vías de desarrollo. Muy al contrario, la sociedad de la información constituye una extraordinaria oportunidad para estos últimos y los instrumentos jurídicos que los regulan que, comenzando por el derecho de autor, no deberían privar a los países en vías de desarrollo de los beneficios que reporta el acceso a la tecnología y a la información.

Además, el acceso a la información y al saber son las principales bases de la creación y el desarrollo de la sociedad de la información y de las redes electrónicas. La era digital no puede renegar de sus raíces y debe continuar promoviendo la educación, la investigación y la transmisión del saber.

Por supuesto hay que tener presente hasta qué punto la protección de los autores resulta determinante en la circulación del saber y de la cultura y, en consecuencia, habrá que considerar en qué medida las redes digitales ponen en jaque dicha protección. Sin embargo, no sólo hay que tener en cuenta los intereses legítimos de los autores, artistas-intérpretes y productores sino también los de los usuarios y la sociedad en su conjunto.

I la transformación de la propiedad intelectual en un sistema de protección de la inversión: el caso de la protección de las bases de datos

a) La protección de las bases de datos mediante un derecho *sui generis*

En los últimos años hemos asistido a la aparición de nuevos objetos y sujetos de derecho en el campo de la propiedad intelectual: se trata, en todos los casos, de derechos vinculados al derecho de autor, desde los derechos que se ha reconocido a los productores fonográficos y videográficos al derecho *sui generis* que afecta a las bases de datos. Estos nuevos derechos revelan una inquietante evolución del derecho de la propiedad intelectual que deja de ser un sistema dirigido a proteger las obras de naturaleza creativa para convertirse en un sistema de protección de la inversión. Así, el productor de fonogramas o del primer montaje de una película ve como se le reconoce un derecho afín al derecho de autor proporcional a la inversión que ha realizado en la producción del disco o de la película. Los organismos de radiodifusión disfrutan de un derecho similar en razón de la inversión necesaria para la producción y difusión de sus emisiones. Recientemente, también la inversión que conlleva la recogida de información ha justificado el reconocimiento de un derecho de la propiedad intelectual específico a los productores de bases de datos. No es baladí que este derecho haya dado en llamarse *sui generis*, pues la propia expresión pone de manifiesto la singularidad de este derecho en el arsenal de la propiedad intelectual.

Esta evolución contradice los fundamentos mismos del derecho de la propiedad intelectual y, en particular, del derecho de autor, cuya finalidad es la protección de la creación intelectual con vistas a promover el progreso de las ciencias y las artes.⁹ Los derechos afines y el derecho del productor de las bases de datos se apartan de estos fundamentos, puesto que se admite explícitamente que tienen su razón de ser en la voluntad de “remunerar” con el monopolio la realización de determinadas inversiones.¹⁰

En Europa, la creación de un nuevo monopolio sobre las bases de datos se fundamenta en una directriz de 1996¹¹ que, apoyándose en la arquitectura original de las bases de datos, termina por sustituir la protección del derecho de autor por la protección del contenido de dichas bases. En efecto, el derecho *sui generis* permite al productor de la base impedir la extracción y la reutilización del contenido de ésta durante un período de quince años. El único criterio para obtener la protección es la

necesidad de acreditar una inversión sustancial, ya sea cuantitativa o cualitativa, en la obtención, la verificación o la presentación del contenido de la base.¹² Por consiguiente, en el marco del derecho *sui generis*, “la puesta en marcha de medios financieros y/o el empleo de tiempo, esfuerzo o energía”¹³ sustituye al criterio de originalidad característico del derecho de autor. La mera recopilación de información basta para constituir una base de datos monopolizable en virtud de un derecho de propiedad intelectual. El criterio de la sustancialidad de la inversión deberá ser determinado por los tribunales. En cualquier caso, puede tratarse de la contratación de personal encargado de la realización de la base y, en especial, de la recogida de datos,¹⁴ por lo que la mayoría de los procesos de recogida de información y datos son susceptibles de protección.

Veremos, además, que este nuevo derecho permite a su titular controlar (y, por tanto, impedir) el acceso a la propia información pues, de hecho, se contempla la concesión de una duración del derecho virtualmente perpetua, ya que el período de protección inicial de quince años a partir de la fabricación se renueva cada vez que se produce una modificación sustancial de la base. Basta, entonces, con poner al día la base de datos regularmente para beneficiarse de otros quince años más de protección.¹⁵

En Estados Unidos también se discute la posibilidad de establecer una protección desmedida de este tipo del derecho de autor.¹⁶ En cambio, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) tuvo que renunciar a aprobar una protección internacional similar en el transcurso de la Conferencia Diplomática de 1996 debido, principalmente, a la oposición de los países en vías de desarrollo.¹⁷

La instauración de una protección de las bases de datos al margen del derecho de autor, ya sea mediante un derecho *sui generis* a la europea o por cualquier otro mecanismo referido al contenido de la base, ha suscitado numerosas críticas. Esta nueva ley de la propiedad intelectual puede suscitar dos tipos de reproches: por un lado, cabe oponerse a que el criterio que da acceso a la protección sea la inversión económica y no una consideración de índole intelectual; por otro lado, el que el derecho relativo a las bases de datos permita de facto una apropiación del propio contenido informativo puede obstaculizar la circulación y el acceso a la información.

Estas dos consecuencias de la protección de las bases de datos perjudican principalmente a los países en vías de desarrollo y al sector educativo y científico, ya que suponen la instauración de una barrera económica para todo acceso a la información.

1º La propiedad intelectual como mecanismo de remuneración de la inversión

La protección de productos como las bases de datos mediante un derecho de la propiedad intelectual cuyo único fundamento es el criterio de las inversiones necesarias para su producción material constituye un ataque a la lógica más elemental de la propiedad intelectual. Lo normal es que las condiciones de la propiedad intelectual remitan a elementos cualitativos como la *creación* y la *originalidad* (en el caso del derecho de autor) o la *invención* y la *novedad* (en lo que toca al derecho de patentes, diseños y prototipos). La concesión de un monopolio sobre la única base de la inversión y la asunción de un riesgo económico trastorna profundamente el equilibrio entre protección y dominio público. Como escribió Pollaud-Dullian: “la noción de dominio público es consustancial a la propiedad industrial y artística: sólo ciertos objetos, por su originalidad o novedad, son susceptibles de apropiación, lo que deja para el dominio público un amplio elenco de elementos no protegidos que otros creadores, inventores, científicos e industriales precisan en su trabajo. [...] Si bien la directiva [sobre la protección de las bases de datos] trata de realizar un reconocimiento distributivo de los derechos a fin de tener en cuenta este conjunto de

intereses, se desvía de sus principios y [...] pone en entredicho la concepción misma de la propiedad industrial o artística al instituir un derecho que concierne [...] a ciertos elementos que normalmente no puede cubrir ni el derecho de autor, por falta de originalidad, ni el derecho de propiedad industrial, por falta de innovación.”¹⁸

Esta evolución de la propiedad intelectual “en torno a la idea de que ésta y los monopolios que otorga no son las contrapartidas a un enriquecimiento del patrimonio colectivo sino una prima que la ley da a las empresas a cambio de una gran inversión (lo que equivale a conceder un privilegio legal como recompensa por un privilegio económico de hecho)”¹⁹ es particularmente inquietante para los países en vías de desarrollo y las empresas de estos países que con mucha frecuencia carecen de los medios necesarios para realizar tales inversiones.

Más bien al contrario, la concesión de un derecho privado sobre las inversiones, como ocurre con esta procelosa evolución de la propiedad intelectual, no puede más que reforzar la posición económica de aquellos que ya disponen de medios de inversión.

2º La protección de las bases de datos: un obstáculo al acceso a la información

La segunda objeción fundamental que se planteó a la instauración de este nuevo derecho *sui generis*, tanto a nivel europeo como durante las discusiones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), hacía referencia al establecimiento de derechos exclusivos sobre la información misma que, en principio, no es susceptible de apropiación. El derecho *sui generis* no se refiere sólo a una información o a unos datos individualizados cuya extracción o reutilización se podría prohibir; el objeto de derecho es, más bien, la recopilación, el conjunto de datos. Strowel y Triaille precisan lo que se debe entender por “contenido de la base”, es decir, aquello que constituye el fundamento del derecho *sui generis*: no es “la propia información contenida en la base de datos sino más bien ‘la forma no original’ del conjunto de informaciones que, por falta de originalidad, no se puede proteger mediante el derecho de autor y que se quiere proteger contra una utilización desleal”.²⁰

Esto no obsta para que, en realidad, este derecho *sui generis* equivalga a conceder un monopolio sobre una mera recopilación de información y, por tanto, amenace la disponibilidad pública de dicha información. La amenaza se materializará particularmente cuando el conjunto de datos no pueda asumir otra forma que la que impone el productor de la base de datos; lo que ocurriría, por ejemplo, con los horarios del transporte público, de los programas televisivos,²¹ del horario de las mareas, de los boletines de información meteorológica, etc. Para disponer de esta información es imprescindible tener acceso a la base de datos que ofrecen quienes se encargan de su recogida, por lo que dar a estos últimos el monopolio legal sobre la base equivale a concederles un monopolio de hecho sobre su contenido.

La instauración de un monopolio sobre la información mediante el derecho *sui generis* sobre las bases de datos no solo compromete el acceso a la información de los países en vías de desarrollo sino que también impide al sector no comercial beneficiarse de la libre circulación de información. El mundo educativo y científico, cuya vida no se concibe sin un uso permanente de la información disponible, se ve particularmente dañado por este nuevo derecho.

b) La protección de las bases de datos al margen de la propiedad intelectual

La creación de un nuevo derecho de la propiedad intelectual que ampare las bases de datos no es solamente criticable sino, además, jurídicamente inútil. Los productores de bases de datos no están desprovistos de medios jurídicos para castigar la posible apropiación de su trabajo de recogida y elaboración de datos. En efecto, si la base de

datos presenta cierta originalidad en la elección y la estructura de los temas quedará protegida por el derecho de autor conforme a la directiva europea de 1996 y según los Tratados OMPI y los acuerdos ADPIC [Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce].

Además, el derecho común ofrece recursos adicionales a través del derecho de la competencia desleal. El recurso al derecho de la competencia desleal como sistema de protección de las bases de datos se discutió durante la elaboración de la directiva europea de 1996. En efecto, en un primer momento fue necesario recurrir a este derecho para impedir la apropiación del trabajo y las inversiones realizadas por el productor de una base de datos. Esta solución se fundamenta en la teoría de la competencia parasitaria que considera ilegítimo que un competidor se ahorre cierta carga financiera copiando punto por punto el trabajo ajeno para acceder a una ventaja competitiva ilícita. La ventaja de esta opción es que limita las posibilidades de actuación a los casos de copia fiel y sistemática del trabajo de un productor de bases de datos y que, además, únicamente permite demandar a los competidores (y no a los usuarios). Por tanto, este sistema evita el riesgo de que aparezcan monopolios de la información.

La creación de un derecho de propiedad intelectual que proteja las bases de datos no es, pues, una necesidad jurídica.

II El futuro de las excepciones en la sociedad de la información

a) Las excepciones y las limitaciones al derecho de autor

Los sistemas de excepciones a los derechos de autor difieren según los órdenes jurídicos pero, generalmente, son de dos tipos: se llaman *abiertos* cuando instauran una derogación general susceptible de aplicarse a numerosas situaciones, a la manera del *fair use* americano, y se llaman *cerrados* cuando se trata de una relación de circunstancias estrictamente definidas cuya concurrencia conlleva la supresión de los derechos de autor. Este último sistema se encuentra principalmente en las legislaciones del derecho europeo continental.²²

El sistema de *fair use* americano es un ejemplo de sistema abierto en la medida en que un juez puede considerar que determinados usos que ponen en entredicho los derechos de autor responden a esta excepción general en virtud de su finalidad y el tipo de uso (especialmente si es de naturaleza no comercial o tiene por objeto la docencia), de la índole de la obra protegida, de la cantidad y el carácter sustancial de la parte de la obra utilizada, así como del efecto que produce dicho uso sobre el mercado potencial o sobre el valor de la obra protegida.²³ Este sistema permite cierta elasticidad en la apreciación de las excepciones a los derechos de autor, si bien no garantiza la seguridad jurídica y la previsibilidad a los usuarios de las obras.

En cambio, en los sistemas de derecho de autor europeos o de inspiración europea –y principalmente las leyes de inspiración francesa o alemana–, las excepciones forman una lista precisa y exhaustiva de hechos que, en ciertas circunstancias, escapan al monopolio del autor. Generalmente se reconoce las siguientes excepciones.²⁴

- excepción de copia privada;
- excepción de comunicación privada, como la comunicación dentro del círculo familiar;
- excepción de parodia, imitación y caricatura;
- excepción de cita;
- excepciones relativas a la copia con fines científicos o docentes;
- excepciones destinadas a cubrir las necesidades de la administración de justicia y del orden público;

- excepciones relativas a la información sobre acontecimientos de actualidad.

Al margen de estas grandes categorías de excepciones, también podemos encontrar casos más específicos que responden a situaciones particulares. Podemos citar, por ejemplo, la excepción belga que permite a la Cinemateca Real realizar copias de películas para su restauración o la excepción alemana que exime la difusión de obras durante los acontecimientos litúrgicos.

b) ¿Hacia una reducción de las excepciones en el ámbito digital?

La adaptación de las excepciones al entorno digital constituye un desafío esencial. Los titulares de derechos piden que se reconsidere su alcance y su campo de aplicación a fin de que el paso a la sociedad digital no suponga un perjuicio de sus prerrogativas.

En este sentido, los Tratados OMPI [Organización Mundial de la Propiedad Intelectual] de 1996 recuerdan la necesidad de prever una limitación general a las excepciones previstas en las leyes nacionales de los estados miembros. El artículo 10 del Tratado sobre el derecho de autor impone la limitación de las excepciones, tanto en el derecho de autor como en los derechos afines, a aquellos casos especiales en los que no se perjudique la explotación normal de la obra ni se cause menoscabo injustificado a los intereses legítimos del autor. Se trata del principio del “test de tres etapas” que ya figura en la Convención de Berna y en los Acuerdo TRIPS [Trade Related Intellectual Property Rights] o ADPIC [Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui Touchent au Commerce].²⁵ Según el artículo 10 del Tratado sobre el derecho de autor: “Las partes contratantes pueden prever en su legislación la combinación de limitaciones o excepciones a los derechos establecidos por el presente tratado en ciertos casos específicos en los que no se perjudique la explotación normal de la obra ni se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

Esta triple condición, destinada a ser la piedra angular de los sistemas de excepciones y “una de las claves de las construcciones venideras”²⁶ constituye, pues, un claro hilo conductor para el análisis de las excepciones a los derechos de autor.

Las tres condiciones o etapas son las siguientes: primero, sólo se admite las excepciones previstas en los casos específicos. Por tanto, se prohíbe las excepciones generalizadas como, por ejemplo, una excepción general para el uso privado.²⁷ Sin embargo, parece que el *fair use*, aunque se trate de una limitación potencialmente amplia²⁸ no queda prohibido por esta disposición.

Las otras dos condiciones (“que no atente a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”) deberán ser analizadas en el contexto de cada excepción. Si la excepción en cuestión permite a terceros explotar la obra en igualdad de derechos que los derechohabientes o si el ejercicio de una excepción afecta al mercado potencial para la obra, ésta no será admisible.²⁹

La Declaración Común que acompaña al Tratado de la OMPI [Organización Mundial de la Propiedad Intelectual] precisa que “las disposiciones del artículo 10 [test de tres etapas] permiten a las Partes Contratantes mantener y extender de manera adecuada en el ámbito digital aquellas limitaciones y excepciones previstas en sus legislaciones nacionales que sean consideradas como aceptables en virtud de la Convención de Berna. Igualmente, estas disposiciones deben ser interpretadas de modo tal que permitan a las Partes Contratantes establecer las nuevas excepciones y limitaciones que sean pertinentes en el ámbito de las redes digitales. Así pues, se entiende que el artículo 10.2) ni reduce ni extiende el campo de aplicación de limitaciones y excepciones admitidas en la Convención de Berna”.

A pesar de su formulación ambigua y compleja, esta Declaración confirma que del test de tres etapas no se sigue una reducción o una extensión de la lista de excepciones en el ámbito digital. Así pues, resulta incuestionable que los estados pueden establecer las nuevas excepciones que sean necesarias en la Sociedad de la información.³⁰ Simultáneamente, el propio artículo 10 obliga a una relectura de las excepciones existentes a la luz de los tres límites que el test establece³¹ con vistas a su transposición al ámbito digital.³²

De todas formas, la tendencia actual parece ser la reducción del alcance y el número de las excepciones al derecho de autor en el mundo digital. Ésta era la idea de la proposición de directiva europea sobre el derecho de autor en la sociedad de la información que limita las excepciones a unos pocos casos estrictos y exhaustivos cuyo ejercicio se acompañará generalmente del pago de una remuneración equitativa al autor. Sin embargo, este ambicioso proyecto de armonización no ha logrado cumplir sus objetivos en la medida en que la última versión del texto (aún en fase de posición común³³) permite a los estados elegir entre una lista de 22 excepciones (¡!). En este largo listado aún se encuentra la copia privada digital, a pesar de que los titulares del derecho manifestaron su deseo de suprimir esta posibilidad de copia en el entorno digital a causa de la facilidad y la calidad con la que se realiza el copiado. Además, el texto europeo transpone el test de tres etapas de los tratados OMPI de una manera más bien extraña. Según el artículo 5 de la proposición de directiva, este test constituye una condición suplementaria que el juez debe tener en cuenta al determinar la aplicabilidad de las excepciones. Lo que la OMPI consideraba una guía para el legislador a la hora de establecer excepciones a los derechos de autor se convierte, en el texto europeo, en restricciones adicionales al conjunto de las excepciones existentes.

De igual modo, la reducción de excepciones en la era digital es consecuencia de la jurisprudencia americana reciente que limita el *fair use* en virtud de las posibilidades técnicas de las que dispone actualmente el autor.

Hemos visto cómo la posibilidad de beneficiarse del *fair use* depende de la apreciación de cuatro factores y, sobre todo, de la incidencia del uso en cuestión en el mercado potencial de la obra. En el caso *American Geophysical*,³⁴ el juez estimó que la existencia del Copyright Clearance System –la agrupación de autores y editores que autoriza electrónicamente el fotocopiado de artículos de revistas o de libros– había abierto un mercado para las fotocopias de artículos científicos y, en consecuencia, no se podía admitir que las fotocopias que una empresa realiza a fin de cubrir las necesidades de su departamento de investigación estuvieran sujetas al *fair use*. Es de temer que esta jurisprudencia termine por censurar los usos con fines científicos o educativos, hasta ahora legítimos, con el único pretexto de que en lo sucesivo sea posible tecnológica y económicamente exigir contratos y autorizaciones para este tipo de utilización.

Una de las condiciones del test de tres etapas de los Tratados OMPI, es decir, la ausencia de perjuicio a la explotación normal de la obra, podría dar validez a esta jurisprudencia. Este criterio es similar a una de las condiciones contempladas por el *fair use*, o sea, *la incidencia del uso sobre el mercado potencial de la obra protegida o sobre su valor*. En el caso *American Geophysical*, la aplicación del test en cuestión desembocó en la desestimación del *fair use*, ya que el ejercicio de esta excepción perjudicaba la explotación normal de la obra en la medida en que era factible la negociación de la autorización gracias a los medios contractuales y técnicos.

En consecuencia, el criterio de explotación normal de la obra como límite absoluto a las excepciones conllevará una reducción de éstas cuando, en el futuro, la tecnología permita negociar el uso hasta ahora autorizado en aplicación de una excepción, a semejanza de la jurisprudencia americana antes citada. Esta corriente de la jurisprudencia que se apoya en el test de tres etapas está en condiciones de transformar radicalmente las excepciones existentes. Algunos autores³⁵ vaticinan que, gracias al desarrollo técnico que permite una fácil contractualización de las relaciones en Internet, podría llegar a negociarse y autorizarse cada uso de la obra. Así, disminuye la necesidad de establecer por ley las excepciones. Imaginemos que un autor distribuye su obra en Internet y autoriza contractualmente que se cite dicho trabajo, siempre que la finalidad sea científica, a cambio de una pequeña remuneración. Si se siguiera fielmente la jurisprudencia americana, se podría sostener que el hecho de que el autor haya creado un mercado potencial en Internet para este tipo de uso –normalmente cubierto por una excepción– impide beneficiarse del *fair use*, ya que se ofrece la posibilidad de firmar un contrato en la red que, sin mayores dificultades, autoriza el uso. Del mismo modo, ¿podrá el legislador prever este tipo de excepciones si este modelo contractual se generaliza? ¿No se podría considerar que, dado que esta excepción sobrepasa la posible negociación con el titular del derecho, causa un perjuicio a la explotación normal de la obra?

c) Las excepciones en tanto que principio fundamental del derecho de autor

Las excepciones son instrumentos esenciales a fin de lograr un equilibrio entre los intereses de los autores y el interés público en el régimen del derecho de autor. No son solamente excepciones a los derechos sino que expresan en el campo del derecho de autor libertades fundamentales e intereses superiores de la sociedad.³⁶ La libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información conllevan ciertas limitaciones del derecho de autor: así, por ejemplo, las excepciones relativas a la utilización por particulares pretenden proteger la esfera privada del individuo, mientras que las excepciones a favor de la enseñanza y la investigación tienen por objetivo garantizar el derecho de los pueblos al saber y a la educación.

Es preciso extraer varias consecuencias de este conspicuo fundamento de las excepciones al derecho de autor:

1º Se debe mantener las excepciones en el ámbito digital a fin de conservar el equilibrio característico del derecho de autor

La cuestión de la adaptación de las excepciones al entorno digital sólo puede resolverse a través de un nuevo análisis del fundamento de las excepciones. La doctrina³⁷ subraya generalmente dos tipos de consideraciones que fundamentan la instauración de una limitación a los derechos de autor: por un lado, la excepción puede responder a consideraciones prácticas o económicas; por otro, la excepción puede fundamentarse en la preocupación por el interés general o por las libertades y derechos fundamentales. Recuperamos aquí la distinción tricéfala realizada por Hugenholtz.³⁸

- 1) En primer lugar, determinadas excepciones traducen en el derecho de autor la preocupación por garantizar libertades fundamentales¹³⁹ tales como la libertad de expresión e información, la libertad de prensa y el respeto a la vida privada. Se trata de excepciones como la parodia, la cita, la crítica, el reportaje de actualidad o, también, el uso privado de las obras. Por descontado, el fundamento de estas limitaciones no cambian en el entorno digital. En consecuencia, se debería salvaguardar y preservar estas excepciones.
- 2) La segunda categoría de excepciones se justifica por necesidades de interés público.⁴⁰ Se trata de excepciones vinculadas a la educación, a bibliotecas,

archivos y museos, a las personas discapacitadas, así como a las necesidades de la justicia y el Estado. También en este caso, los intereses que subyacen a estas excepciones se mantienen en el ámbito digital, sobre todo en lo que toca a la comunidad educativa y científica, ya que cada vez son más las obras y la información que sólo se encuentran disponibles en Internet. Es particularmente importante que los investigadores, los estudiantes y la comunidad científica se beneficien de las mismas oportunidades en el ámbito digital que en el mundo analógico. En principio, en el contexto de las redes electrónicas deberían mantenerse las excepciones actuales que benefician tanto a las bibliotecas como a la comunidad científica y educativa.

No obstante, en ciertos casos, el ejercicio de estas excepciones se realiza de un modo totalmente diferente y entonces es susceptible de causar un perjuicio tan serio como novedoso a la explotación normal de la obra. Las instituciones que se aprovechan de estas excepciones, como las bibliotecas o la enseñanza, asumen papeles radicalmente nuevos en la sociedad de la información.⁴¹ Una biblioteca virtual, accesible las 24 horas del día a un público potencialmente mundial, difiere notablemente de una institución física en donde el público y las horas de apertura se encuentran limitados. El límite entre una editorial o una distribuidora y la biblioteca del futuro es difuso. Otro tanto ocurre con las instituciones de enseñanza a distancia. Por consiguiente, si bien no podemos más que defender el mantenimiento de las excepciones existentes en el marco actual, resulta imprescindible propiciar una reflexión sobre el cometido y la función de las bibliotecas y la educación en Internet. Por otra parte, esta reflexión podría llevar al descubrimiento de que es preciso establecer nuevas excepciones a fin de preservar un interés tan fundamental como es el acceso a la cultura y la transmisión del saber.

- 3) Por último, se han introducido ciertas excepciones en el arsenal legislativo del derecho de autor cuya función es suplir un *market failure*, es decir, la incapacidad de los autores para controlar de manera efectiva ciertos usos y, si fuera el caso, impedirlos. Así ocurre, por ejemplo, con la copia privada audiovisual y la reprografía. El auge de los aparatos de reproducción gráfica, sonora o audiovisual como las fotocopadoras, los magnetófonos o las grabadoras desencadenó un enorme incremento del número de copias y de obras copiadas. Sin embargo, el autor se veía incapaz de controlar de manera eficaz el conjunto de estas copias, en especial si la copia se realizaba con una finalidad privada. Ante esta imposibilidad, generalmente el legislador reconocía al usuario una excepción por copia privada que iba acompañada del pago de una compensación al autor. Este tipo de excepciones constituye una concesión ante la imposibilidad práctica de hacer cumplir el derecho de autor. Sin embargo, el desarrollo tecnológico actual parece rebatir esta imposibilidad. Con la ayuda de distintos mecanismos técnicos el autor podría lograr prohibir la realización de copias digitales. En consecuencia, desaparece buena parte del fundamento de esta excepción. Por otro lado, estas excepciones no responden ni a una libertad fundamental ni a una preocupación de interés público, por lo que su existencia está directamente en peligro.

El mantenimiento del equilibrio inherente al derecho de autor conlleva, al menos, el mantenimiento de las excepciones existentes. En ciertos casos, se puede afirmar incluso que la extensión de los derechos exclusivos del autor obliga a ampliar también el alcance de las excepciones, a fin de nivelar la balanza adecuadamente.⁴² En efecto, la definición de derechos y excepciones está unida inextricablemente. Hasta ahora los legisladores se han limitado a extender los derechos exclusivos de autor. Ya es hora de tener en cuenta también los intereses de los usuarios.

2º Las nuevas limitaciones a los derechos de autor pueden ser reconocidas a partir de las libertades fundamentales

Generalmente se admite que las excepciones están sujetas de suyo a una interpretación restrictiva; de este modo no es sólo que únicamente se pueda reconocer las ya estipuladas por la ley sino que, además, su alcance debe interpretarse de una manera estricta. Por el contrario, el reconocimiento de que las excepciones constituyen una dimensión esencial del derecho de autor, basado en un equilibrio de intereses privados y colectivos, debería llevar a admitir que la jurisprudencia ha de ser capaz de extender la lista de excepciones prevista por la ley (o su alcance) cuando se presenta una situación que pone en entredicho dicho equilibrio de intereses.

Por otra parte, ciertas jurisdicciones no han vacilado en tomar una decisión al respecto. En los Países Bajos, el Tribunal Supremo ha considerado que la propia lógica del derecho de autor conlleva la imposibilidad de considerar como exhaustiva la lista de excepciones que figuran en la ley que los regula.⁴³ Según esta resolución, las excepciones incluidas en la ley son el fruto de un arbitraje entre, por un lado, los intereses legítimos del autor y, por otro, los intereses legítimos de terceros y de la sociedad en su conjunto: de ahí que, lógicamente, cuando la *ratio legis* que ha presidido las excepciones se encuentra en una situación similar (es decir, cuando únicamente puede salvaguardarse el interés general o el interés superior de terceros limitando el derecho de autor), los derechos de autor tienen que ceder el paso ante el interés general o el interés superior de terceros de ver la obra reproducida y/o compartida.

Es interesante subrayar que este razonamiento ha tenido cierto eco en Francia, a pesar de ser la patria de una concepción estricta del derecho de autor. Así, en una decisión del 23 de febrero de 1999,⁴⁴ la Audiencia de París reconoció al usuario de la obra una excepción no prevista en la ley sobre el derecho de autor; para ello tomó como base el derecho del público a la información que aparece recogido en el artículo 10 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre. La televisión francesa había realizado un reportaje sobre una exposición de las obras del pintor Utrillo. En el transcurso de la emisión se veían algunos lienzos del artista a pesar de que la ley francesa no permitía esa reproducción pues, en efecto, no concurrían las condiciones de la excepción relativa a la mención breve. Sin embargo, el juez estimó que en virtud del derecho del público a la información, “un reportaje en el que aparece la obra de un artista y que únicamente ha sido emitido en un telediario de corta duración no causa ningún perjuicio a los derechos de propiedad intelectual ajenos y está justificado conforme al derecho del telespectador a ser informado rápidamente y de manera apropiada de un acontecimiento cultural de inmediata actualidad relacionado con la obra o con su autor; en efecto, aquél no supone una competencia respecto a la explotación normal de la obra”.

También otras resoluciones europeas⁴⁵ han tratado de buscar un equilibrio similar entre el derecho de autor y las libertades fundamentales, principalmente la libertad de expresión, a fin de reconocer al usuario de una obra una excepción que no estaba prevista en la ley sobre el derecho de autor.

Así pues, ¿tiende la jurisprudencia europea a reconocer implícitamente que la lista legal de las excepciones al derecho de autor no es exhaustiva? La idea de que se pueden aceptar límites adicionales al derecho de autor cuando así lo exige la ponderación de los intereses del autor y los del público constituye el auténtico campo de batalla de la jurisprudencia en la búsqueda de un nuevo equilibrio del derecho de autor.

3º El surgimiento de un mercado a consecuencia del desarrollo técnico no basta para desechar el beneficio de una excepción.

Anteriormente hemos visto cómo la jurisprudencia americana reciente y una lectura demasiado estricta del “test de tres etapas” de los Tratados OMPI podía llevar a negar el beneficio de una excepción cuando la tecnología permite negociar el uso litigioso. Desde este punto de vista, la excepción no sería más que una concesión del autor dada la imposibilidad práctica de ejercer su derecho (*market failure*). Cierta doctrina justifica la desaparición de la excepción como una consecuencia del desarrollo de la infraestructura necesaria para el comercio electrónico, una tecnología que podría reducir enormemente los costes de transacción relativos a la concesión de permisos. Una respuesta tan adecuada como evidente a esta amenaza consiste en afirmar que la excepción al derecho no se fundamenta en un *market failure* sino que, por el contrario, constituye un instrumento esencial del imprescindible arbitraje entre intereses privados e interés público en el contexto del derecho de autor. Puesto que la limitación de los derechos exclusivos traduce el interés de la sociedad frente a los del autor, la evolución tecnológica que permite la creación de nuevos negocios no debería repercutir sobre aquella.

En consecuencia, cuando los tribunales o el legislador consideren oportuna o admisible una excepción, deben tener en cuenta los fundamentos esenciales de la excepción y no solamente las posibilidades técnicas o económicas de las que disponga el autor para someter el uso a su autorización.

III La utilización de contratos y medidas técnicas en la protección de los derechos de autor

La sociedad de la información obliga a la industria a adaptarse rápidamente a un modelo de distribución basado en formas de comunicación en red que garantizan la seguridad de sus productos. Junto a los derechos de autor, cuya efectividad queda socavada en las redes, los titulares de los derechos y otros distribuidores de obras han apostado principalmente por dos modos de protección: los contratos y las medidas técnicas.⁴⁶

La asociación de contratos y dispositivos técnicos en la distribución de las obras supone una seria amenaza para la institución de los derechos de autor. Incluso hay quien augura que la ley de derecho de autor podría quedar obsoleta a raíz de esta unión del derecho de los contratos y distintas medidas técnicas.⁴⁷

3.1 Contrato y derecho de autor

a) La aparición de licencias electrónicas

Debido a su índole interactiva, Internet esta especialmente bien adaptada para la firma de licencias entre titulares de derechos, productores, intermediarios y usuarios. Algunos distribuidores de productos, como las compañías de *software* o los productores de bases de datos, llevan mucho tiempo desarrollado *business models* basados en relaciones de licencia con los usuarios. La generalización de este modelo hasta abarcar cualquier tipo de obra redundaría en un contexto de convergencia en el que todo producto cultural es susceptible de ser convertido a un formato digital para su distribución.⁴⁸

En el mundo físico es poco frecuente que un usuario particular acepte los vínculos formales de un contrato de licencia cuando decide utilizar una obra (existen contratos de adhesión propuestos por los productores pero la cuestión de su aceptación por parte del usuario y, por tanto, de su validez, es problemática). En cambio, hay muchas razones para pensar que en las redes digitales las licencias electrónicas serán la norma. Ya se trate de periódicos, libros, información procedente de una base de datos,

música o programas, el acceso a los contenidos culturales se realizará a través de un simple clic que, al mismo tiempo, establecerá la aceptación de un contrato de licencia. De hecho, se habla ya de contratos '*mouse click*', '*click-through*' o '*click-wrap*'.⁴⁹

Estos contratos pueden llegar a romper el equilibrio del derecho de autor en la medida en que sobrepasan algunas de sus reglas prohibiendo, por ejemplo, que el usuario ejerza una excepción reconocida por la ley. El autor de un programa informático podría prohibir por contrato la realización de una copia de seguridad o el autor de un artículo científico podría prohibir su cita o crítica. En la medida en que los usuarios tienen poca capacidad para negociar estos contratos electrónicos cuya aceptación (en realidad, un simple clic) condiciona el acceso a la obra, el cumplimiento de las excepciones previstas por la ley no está asegurado.

b) La cuestión del estatuto de las excepciones

Esta amenaza plantea la cuestión fundamental del estatuto de las excepciones. ¿Las limitaciones del derecho son de orden público o imperativas (en cuyo caso el contrato sería inderogable)? ¿O no son más que simples facultades, disposiciones suplementarias que la voluntad de las partes podría rebasar?

En derecho público se considera que una disposición legal es de orden público cuando afecta a los intereses esenciales del Estado o de la colectividad, mientras que en derecho privado lo es cuando establece las bases jurídicas sobre las que reposa el orden económico o moral de la sociedad. La voluntad de las partes en un contrato no puede ignorar las disposiciones legales de orden público; toda cláusula que pretenda derogar este principio será considerada nula.

Las disposiciones imperativas protegen intereses particulares. Un contrato no las puede derogar pero la persona cuyos intereses se protege podría renunciar a ellas. Sin embargo, un gran número de disposiciones jurídicas son calificadas como suplementarias en la medida en que se limitan a establecer reglas por defecto que únicamente se aplican en el caso de que no existan cláusulas contractuales que se opongan a ello. Por definición, se admite toda derogación contractual de este tipo de reglas.

La cuestión fundamental del estatuto de las excepciones comienza a ser discutida en doctrina^{50, 50}. Si bien antes numerosos especialistas en derechos de autor consideraban que las excepciones no eran más que simples concesiones que el autor aceptaba para ciertos usos^{51, 51}, cada vez se oyen más voces que piden que las excepciones sean consideradas como reglas jurídicas plenas^{52, 52}, es decir, como derechos del usuario.

El legislador no se arriesga a zanjar la cuestión definitivamente. Las directivas europeas sobre programación y bases de datos confieren a ciertas excepciones carácter imperativo, en especial a las excepciones relativas a la realización de copias de seguridad, compilación y corrección de errores de programación, utilización normal de una base de datos y extracción no substancial del contenido de la base. Todo contrato que derogue estas condiciones será nulo. La ley belga es el único texto nacional del que tenemos noticia que reconoce el carácter imperativo de las cláusulas de excepción a los derechos de autor y derechos afines^{53, 53}.

Se debería comenzar a discutir tanto a nivel nacional como internacional sobre el estatuto de las excepciones. Frente a lo que establece ley belga, creemos que el conjunto de las excepciones no debería de seguir el mismo camino. Si retomamos la distinción establecida más arriba entre los diferentes tipos de excepciones, parece evidente la necesidad de reconocer un tratamiento diferente para cada tipo de excepción^{54, 54}.

- **Excepciones que traducen en el contexto del derecho de autor la preocupación por garantizar ciertas libertades fundamentales:** ya hemos visto cómo algunas excepciones son consecuencia de libertades fundamentales como la libertad de expresión e información, la libertad de prensa y el respeto a la vida privada. Es el caso de las excepciones de parodia, cita, crítica, información de actualidad o incluso de excepciones relativas a los usos privados de las obras (respeto a la vida privada). Dado que las libertades en las que se fundamentan estas excepciones son de orden público, la naturaleza de estas últimas sólo puede ser a su vez de orden público. En consecuencia, ningún contrato podrá impedir al usuario el ejercicio de su libertad de expresión.

- **Excepciones fundadas en el interés público:** las excepciones tocantes a la educación y a las bibliotecas, a archivos y museos, a las personas discapacitadas, así como las excepciones relativas a los intereses de la justicia y del Estado o a la preservación de los intereses públicos. También aquí nos parece esencial que la voluntad privada no pueda suplantar el interés público. En todo caso, el derecho de autor constituye un derecho público esencial en tanto que instrumento de promoción y difusión cultural. En este sentido, resulta indispensable ponderar los intereses del derecho de autor y el interés subyacente a la excepción en cuestión a fin de determinar la preeminencia de uno u otro. Esta evaluación no llegará necesariamente al mismo resultado en todas las circunstancias. En consecuencia, no podemos posicionarnos de manera unívoca a favor de un tipo de respuesta generalizada a la cuestión de si esta categoría de excepciones es o no de orden público. Es imprescindible señalar que los intereses públicos de la educación y la investigación merecen un lugar aparte en el marco de la sociedad de la información y del conocimiento.

- **Excepciones por *market failure*:** siempre que una excepción esté fundada exclusivamente en la imposibilidad práctica de hacer cumplir los derechos de autor y no ponga en entredicho ninguna libertad fundamental ni ningún interés público se podrá reconocer su carácter complementario dentro de cada estado.

3.2 Medidas técnicas y derecho de autor

a) La tecnología al servicio del derecho de autor

Los contratos no bastarán para asegurar la completa protección de las obras. Los dispositivos técnicos y, más en concreto, los mecanismos basados en la criptografía, permitirán un acceso cada vez más seguro a las obras, así como redoblar la defensa jurídica de la ley y del contrato a través de una protección técnica eficaz. La idea que subyace al uso de dispositivos técnicos es la de tratar de responder a las amenazas derivadas de la tecnología mediante el uso de la propia tecnología. Un punto de vista que ilustra a la perfección la celeberrima frase de Charles Clark "*the answer to the machine is in the machine*"^{55 55}.

Las tecnologías susceptibles de ser utilizadas por los autores y otros titulares de derechos para proteger sus obras y servicios en la sociedad de la información son muy variadas. Algunas están especialmente diseñadas para responder a la amenaza que plantea el ámbito digital para los derechos de autor, otras han sido desarrolladas para proteger cualquier tipo de contenido digital independientemente de que esté sujeto o no al derecho de autor.

Es difícil confeccionar una lista precisa de las medidas tecnológicas existentes o en vías de desarrollo y, del mismo modo, resulta imposible predecir el futuro de estas tecnologías en el terreno de la protección de las obras sujetas a derecho de autor^{56 56}.

En cualquier caso, se puede clasificar las medidas técnicas de protección de los derechos de autor y derechos afines en cuatro grandes categorías según el tipo de función que desempeña principalmente cada dispositivo. También se puede distinguir aquellos dispositivos que protegen efectivamente un acto sometido a derechos exclusivos de autor, los sistemas de acceso condicional, los instrumentos de marca e identificación y los sistemas de gestión electrónica de los derechos.

1. Dispositivos técnicos para la protección del derecho de autor

Son herramientas técnicas que impiden la realización de actividades o usos reservados en exclusiva a los derechohabientes, tales como la impresión, la comunicación pública, la copia digital, la alteración de la obra, etc. Nos referimos sobre todo a los sistemas anticopia cuya función principal consiste en impedir la copia, ya sea digital o analógica, de la obra u objeto protegido. Por ejemplo, el **dongle**, que se utiliza sobre todo en el sector de la programación, suele consistir en un elemento del *hardware*^{57, 57}, una especie de llave que se engancha al puerto de serie del ordenador; todo programa protegido por este sistema se conecta con esta llave para verificar cuál es la extensión de los derechos del usuario. Los *dongles* son antecesores directos de la tecnología de las **tarjetas digitales** o *smart cards* que permiten almacenar más información. Estas tarjetas digitales pueden contener unidades de pago previamente adquiridas. Frente a los *dongles*, cuya utilización está restringida a los programas más costosos, las tarjetas digitales serán utilizadas cada vez con más frecuencia tanto en los programas como en otros productos de consumo masivo. El objetivo de ambas tecnologías es permitir el uso y, al mismo tiempo, controlarlo, sobre todo, en lo que toca al copiado.

El **Serial Copy Management System** es un sistema que se utiliza principalmente en EE. UU. en dispositivos de grabación de audio como el DAT y el mini-disc. Esta tecnología permite al aparato descodificar las señales de audio integradas en el soporte y, sobre todo, descodificar los datos relativos a la protección de éste. El sistema autoriza la realización de una única copia digital a partir del original pero impide cualquier copia adicional.

2. Sistemas de acceso

Uno de los mayores desafíos a los que se enfrentan las redes digitales es la necesidad de conseguir que el acceso a la información y a los contenidos protegidos sea seguro, sobre todo, a fin de garantizar el pago de una remuneración y proteger los derechos de autor de la obra “blindada”. En consecuencia, se han puesto en marcha numerosos sistemas para garantizar y asegurar el acceso a una obra, a un conjunto de obras, o a un servicio que incluya obras protegidas. La desactivación del mecanismo de control de acceso se realiza o bien tras un pago, o bien cuando se ha satisfecho las condiciones estipuladas por el autor. El dispositivo de acceso puede controlar únicamente un acceso inicial para después permitir cualquier uso de la obra o bien verificar el cumplimiento de las condiciones en cada nuevo acceso. Una de las grandes ventajas de estos sistemas es que permiten establecer un acceso diferenciado para cada tipo de usuario. Por ejemplo una universidad podría conseguir el acceso a una obra o a una colección de obras para un número determinado de estudiantes durante un año a cambio del pago de una cantidad fija. En este caso, el sistema verificará que los ordenadores de la universidad cuentan con la clave que permite la descodificación con la contraseña convenida contractualmente en la que se especifica la identidad del estudiante. A la inversa, la misma tecnología puede garantizar el acceso regular de un particular a cambio del pago de cierta cantidad proporcional a la frecuencia de uso.

Las tecnologías que desempeñan esta función son numerosas: criptografía, contraseñas, *set-top-boxes*, *black-boxes*, firmas digitales, sobres digitales^{58, 58}. El

procedimiento de la **criptografía** es de sobra conocido. Puede definirse, según la ley francesa sobre la reglamentación de las telecomunicaciones, como: “*La transformación de información o señales claras en información o señales ininteligibles para terceros mediante convenciones secretas; o la realización de la operación inversa gracias a los medios establecidos a tal efecto*”^{59, 59}. En el mundo digital la codificación y decodificación se realiza a través de algoritmos de un grado de complejidad variable. Las **firmas digitales** son una aplicación concreta de la criptografía cuya finalidad es certificar e identificar un documento^{60, 60}. En el marco de la protección de los derechos de autor, esta tecnología se utiliza sobre todo para asegurar las transmisiones de obras en la red y para impedir el acceso a la obra de toda persona no autorizada. La clave para la decodificación se proporciona tras un pago o tras el cumplimiento de cualquier otra condición a la que esté subordinado el uso de la obra.

El **sobre digital** o **contenedor digital** es una aplicación de la criptografía que permite la “inserción” de la obra en un sobre digital que contiene información relativa a la obra y a sus condiciones de uso. Solo si el usuario cumple con estas condiciones (pago de una cantidad, utilización de la contraseña) se abre el sobre y se puede acceder a la obra.

3. Herramientas de marca y filigrana

Hay muchas técnicas que permiten marcar e identificar las obras^{61, 61}. Estas técnicas tienen diferentes objetivos: el principal es servir como soporte, de manera visible o invisible, para la inserción de datos relativos a la obra, ya sea el título y la identidad de su creador y titular de los derechos o las condiciones de su utilización.

Esta función está particularmente protegida por el artículo 12 del tratado de la OMPI sobre derechos de autor, artículo relativo a la protección de la información en el régimen de derechos. Se habla aquí sobre todo del procedimiento de **watermarking** o **filigrana** que permite insertar cierta información en el código digital de la obra. Esta marca es en general invisible e inaudible. Esta inserción invisible se realiza mediante la técnica de la estegonografía que puede ser definida como “*el arte y la ciencia de comunicar ocultando la existencia misma de la comunicación*”^{62, 62}. La utilización de tinta invisible constituye un ejemplo de esta ciencia milenaria procedente del mundo analógico. En el ámbito digital, el **watermarking** modifica ciertos bits “inútiles”^{63, 63} de la imagen o del sonido. Con la ayuda de un programa adecuado, se puede extraer y descifrar este código numérico. Normalmente, el marcado es indeleble y permanece intacto después de cualquier alteración o en cada una de las partes resultantes de una separación de la obra.

No obstante, existen otras características de estas tecnologías que permiten proteger de manera más o menos directa los derechos de autor. Para comenzar, el marcado puede ser perfectamente visible, en algunos casos se superpone una “marca” en la representación de la obra, de manera aproximadamente similar a como se estampa el término “MUESTRA” en los billetes falsos o en otros documentos oficiales no válidos. Esta práctica, también conocida como “*fingerprinting*” está muy extendida entre las agencias de fotos que colocan su nombre o su logotipo sobre un ejemplar de foto que se distribuye con fines promocionales y no retiran la imagen de la marca hasta que se paga cierta cantidad estipulada. Es el caso también de algunos museos o archivos virtuales en los que las reproducciones de las colecciones llevan inscrito el sello del museo^{64, 64}. Este watermarking visible es eficaz como medida de protección contra la copia en la medida en que disminuye el valor de unas obras a las que se puede acceder gratuitamente en la Red.

Cada ejemplar distribuido entre los usuarios puede incorporar un número de serie diferenciado. En este caso, si se encuentra una copia pirata en el mercado se puede

rastrear el original a partir del cual se ha realizado la falsificación. Este estampillado de cada imagen permite remontarse a la fuente de las copias no autorizadas de la imagen con la ayuda de un fichero que contiene los números de serie y los usuarios a los que han sido asignados. La función esencial de esta técnica de protección es aportar pruebas de que se ha producido una falsificación. Finalmente, una última utilidad del watermarking es que permite autenticar el contenido marcado y verificar que la obra permanece intacta.

4. Sistemas de gestión electrónica

Llamamos herramientas de gestión electrónica a todas aquellas tecnologías que aseguran la gestión de los derechos en la red, que permiten la concesión de licencias on-line y controlan la utilización de las obras. Estos mecanismos aúnan protección contractual y protección técnica^{65 65}.

Estas herramientas también pueden asumir otras funciones: reparto de los derechos percibidos, percepción de pagos, envío de facturas o realización de perfiles de los usuarios. Así, por ejemplo, los **agentes electrónicos** han hecho su aparición en el mercado recientemente^{66 66}. Se trata de programas pensados para cumplir diversas funciones en las redes, como la de negociar y cerrar contratos electrónicos^{67 67}. Esta tecnología ha comenzado a aplicarse también a los derechos de autor, de modo que estos *contracting agents* acompañan la difusión de un contenido protegido en Internet para anunciar los términos y las condiciones de las licencias de utilización y para recibir y gestionar la aceptación del usuario. Otros agentes más eficaces gestionan de manera totalmente automatizada la distribución y la utilización de la obra; así, incluyen un sistema de pago electrónico, permiten renovar la licencia de utilización o realizar un informe preciso de dicho uso (qué obras han sido copiadas, impresas, ampliadas, cuántas veces han sido descargadas) a fin de realizar una facturación adecuada y proporcional a la utilización real, por no hablar de utilidades adicionales en el ámbito del marketing (qué tipo de música prefiere determinado usuario).

Igualmente, cabe imaginar que estos agentes podrían encargarse del reparto de los derechos de autor entre los artistas-intérpretes o cualquier otro titular de derechos. Cuando estos agentes se limitan a controlar la utilización de las obras, a recoger la frecuencia de la consulta de las obras en las páginas web o incluso a establecer los perfiles precisos de los usuarios, se suele hablar de **metering systems**.

Para terminar, si bien no se puede decir que constituyan una tecnología específica, las medidas de protección de las que más se habla son los **Electronic Right Management Systems** o **ERMS**. Los ERMS (también denominados **ECMS**, *Electronic Copyright Management Systems*) consisten en una combinación de distintas herramientas y tecnologías capaces de cumplir diversas funciones^{68 68}. Así, una herramienta criptográfica que bloquea el acceso a una obra puede estar asociada a un sistema anti-copia que impide la reproducción de la obra incluso al usuario legítimo. El mismo programa informático puede integrar la técnica del *watermarking* (vide supra) y un sistema de licencia y pago electrónico. Por norma general, la función de los ERMS consiste en gestionar el uso y las licencias de las obras *on-line*. Es por eso que los incluimos en la categoría de herramientas de gestión.

b) El acceso a la obra y el ejercicio de las excepciones en el marco de los sistemas técnicos

Los sistemas técnicos no suelen tener en cuenta los límites impuestos a los derechos de autor para garantizar un cierto equilibrio entre la protección y la promoción de la cultura y el saber. Así, pueden llegar a bloquear el acceso a obras no protegidas o que han dejado de estarlo o impedir el desarrollo normal de una excepción reconocida por

la ley sobre derechos de autor. En este caso, la ejecución del derecho de autor va mas allá de la existencia y extensión del derecho.

Esto implica que los usuarios que deseen efectuar una reproducción o una comunicación pública, en virtud de las limitaciones a los derechos exclusivos, se verán obligados a superar una barrera técnica. El usuario deberá poner en juego grandes dosis de ingenio y competencia técnica para acceder a usos que se desarrollan con toda normalidad en los medios no digitales tradicionales^{69, 69}. Aún más, con toda probabilidad los instrumentos a los que tendrá que recurrir para hacerlo estarán prohibidos por las disposiciones que expondremos más abajo.

Así pues, nos parece indispensable precisar legalmente los límites de las protecciones técnicas habida cuenta de que pueden llegar a suscitar una apropiación de bienes públicos y de que implican una restricción del acceso a la información. Esta reflexión debería tener lugar lo antes posible para evitar que se produzca una apropiación ilimitada de cosas inapropiables por su naturaleza o por legislación. Imaginemos, por ejemplo, el caso de los archivos que ha creado Spielberg para recoger testimonios del Holocausto. Si decidiera bloquear esta gran masa de información mediante un sistema técnico de acceso mediante pago, ¿no peligraría el acceso a la información, a la historia y a la memoria de nuestras sociedades?

El problema es similar por lo que respecta a las excepciones. Si a causa de una protección técnica el usuario no puede citar una obra, hacer una copia privada o utilizarla para fines educativos o informativos, la aplicación de las excepciones al mundo digital será meramente teórica.

c) Medidas técnicas y excepciones: algunas soluciones

La legitimidad de las barreras técnicas sobre el dominio público y el consiguiente impedimento del ejercicio de una excepción al derecho de autor constituye una de las cuestiones mas espinosas en el contexto actual. Difícilmente se puede poner en duda la legitimidad del recurso a dispositivos técnicos que aseguren la transmisión y distribución de los contenidos digitales (por ejemplo, en el marco del comercio electrónico). Esta seguridad técnica tiene que ver con la protección del servicio que ofrece el distribuidor de contenidos culturales antes que con la protección del derecho de autor^{70, 70}. Este escudo técnico complementa la protección jurídica del derecho de autor y la sobrepasa en muchos aspectos, algo que debilita enormemente el complejo equilibrio entre la protección y el uso que busca el derecho de autor. En consecuencia, dado que los titulares de derecho están autorizados a utilizar la tecnología para evitar el uso ilegal de sus obras, parece razonable establecer simultáneamente correctivos legales que impidan el uso abusivo de estos dispositivos.

El derecho común aporta un primer tipo de correctivo, en especial a través del principio de abuso de derecho, así como mediante los sistemas de protección del consumidor. La aplicación de estas instituciones al derecho de autor se encuentra aún en fábula^{71, 71} pero nada impide su desarrollo.

Una posible solución sería zanjar la difícil y aún relativamente inédita cuestión del estatuto de las excepciones antes mencionadas (si una excepción es de orden público, estará prohibida toda actividad dirigida a impedir su ejercicio). No obstante, se trata de una solución imperfecta. En efecto, la tecnología es ciega y se limita a responder a requerimientos de servicios técnicos como una copia, una impresión, un envío, una lectura o un acceso; no puede reconocer el contexto en el que se plantea dicha función. Estos dispositivos técnicos son incapaces de analizar y reconocer las condiciones subjetivas impuestas al ejercicio de una excepción. Así, por ejemplo, la directiva europea sobre bases de datos reconoce el carácter imperativo de las

excepciones que permiten al usuario legítimo realizar las actividades propias de un uso normal. Pero, ¿cómo puede el dispositivo técnico que protege la base datos determinar lo que es un uso normal?

Igualmente, el usuario de una base de datos dispone de una excepción imperativa que le permite extraer de ella partes no substanciales. Sin embargo, el sistema que protege la base será incapaz de definir lo que se considera una parte no substancial a no ser que el titular de los derechos de autor lo programe a tal efecto, algo que, al menos en parte, privaría de sentido a dicha excepción.

Una solución distinta podría hallarse en el marco de las relaciones contractuales entre los titulares de los derechos y los usuarios. Se podría obligar a los autores a suministrar a cierto tipo de usuarios una copia sin protección técnica o una copia en la que la protección técnica fuera capaz de reconocer el tipo de excepción a la que tiene derecho el usuario. Esta solución únicamente serviría para aquellas grandes categorías de usuarios –como las bibliotecas, los periodistas, los investigadores o el profesorado– con las que se asocia tipos específicos de excepciones y, de hecho, penalizaría al usuario individual que no vería reconocida esta posibilidad. Los sistemas de excepciones se convertirían en una cuestión a negociar contractualmente entre los derechohabientes y algunos usuarios que cabe denominar colectivos.

La proposición de directiva europea impone una solución especialmente compleja^{72, 72}. Los estados miembros deberán, en efecto, tomar las medidas necesarias para que los titulares de derechos permitan a los usuarios beneficiarse de las excepciones. La directiva no precisa cómo se asegurará dicha posibilidad al margen de aquellos casos en los que existan contratos cerrados entre titulares de derechos y ciertas categorías de usuarios. Resulta difícil de entender por qué los autores deberían de someterse a dicha obligación. No obstante, esta disposición no alcanza a las obras puestas a disposición del público en las redes digitales, lo que reduce considerablemente su alcance.

La ley americana tampoco regula directamente la cuestión. Durante un período de dos años, la Biblioteca del Congreso y el Register of Copyright examinarán las consecuencias de estas medidas técnicas sobre el ejercicio del fair use^{73, 73}. Sin embargo, es previsible que las conclusiones de este análisis no sean particularmente concluyentes puesto que se intentará eximir ciertas categorías de obras de la protección jurídica de los dispositivos técnicos que examinaremos mas abajo, mientras que la legitimidad misma de las medidas técnicas quedará sin cuestionar.

En cualquier caso, esta solución podría servir como acicate para la creación de un observatorio mundial encargado de estudiar los efectos que tiene la utilización de medidas técnicas en la protección del derecho de autor, el acceso a la información de dominio público y el ejercicio de las limitaciones al derecho de autor. En este momento, es difícil determinar cuáles deberían ser las protecciones necesarias puesto que, en la práctica, estas tecnologías no están siendo demasiado utilizadas. Sería más prudente observar las consecuencias de este desarrollo de manera continua. Dicho observatorio debería tener un alcance mundial puesto que la distribución de obras y de tecnologías de protección se realizará a escala global.

3.3. Protección jurídica de los sistemas técnicos

a) El artículo 11 del Tratado OMPI y los textos nacionales

El desarrollo de dispositivos técnicos aplicados a las obras ha traído consigo el nacimiento de un nuevo derecho de la propiedad intelectual que protege esta tecnología de posibles manipulaciones, deformaciones o destrucciones. Este aparato jurídico aspira a paliar los posibles fallos técnicos. En efecto, las medidas técnicas

pueden ser neutralizadas o “hackeadas” y se podría llegar a crear un mercado de dispositivos ilícitos siguiendo el ejemplo de los descodificadores ilegales que permiten acceder a determinadas cadenas privadas de televisión.

En el tiempo transcurrido desde la conferencia diplomática de 1996, los países miembros de la OMPI no se han puesto de acuerdo acerca de un posible régimen de protección específica de las medidas técnicas de protección de los derechos de autor y derechos afines. El texto del tratado exige a los estados que establezcan cierta protección jurídica “frente a la neutralización de las medidas técnicas eficaces puestas en marcha por los autores en el ejercicio de sus derechos para restringir las actividades no autorizadas por los propios autores o por la ley”. El artículo 11 del tratado de la OMPI sobre el derecho de autor y el artículo 18 del tratado sobre fonogramas no precisan de ninguna manera cómo se debe organizar dicha protección⁷⁴ ni que actos concretos se debe prohibir. En este punto se deja libertad absoluta a los estados, lo que implica un riesgo de desajuste entre las legislaciones nacionales a pesar de que el modelo americano y el europeo han servido de inspiración para los demás legisladores^{75 75}.

El Digital Millenium Copyright Act insta una triple protección de las medidas técnicas^{76 76}. Por una parte, se penaliza la neutralización de las medidas técnicas que controlan el acceso a una obra. Por otra parte, se prohíbe la comercialización, fabricación y promoción de dispositivos que permitan tal neutralización. Por último, existe una interdicción similar que se extiende a los dispositivos que permiten la neutralización de medidas que impiden llevar a cabo actividades sometidas a la autorización de los autores (principalmente medidas anti-copia). Así pues, el campo de estas tecnologías es muy amplio puesto que abarca tanto los mecanismos que protegen el derecho de autor (es el caso del derecho de reproducción, comunicación o distribución) como las medidas de control de acceso a la obra, prerrogativa no incluida a priori en los derechos exclusivos del autor.

La proposición de directiva europea, actualmente en fase de consenso, atañe igualmente al acto de neutralización y a las actividades “preparatorias”, es decir, a la fabricación y la comercialización de dispositivos ilícitos. Las medidas protegidas son definidas como “toda técnica, dispositivo o elemento que, en el curso de su funcionamiento normal, está dirigida a prevenir o impedir la violación del derecho de autor o cualquier derecho similar tal y como ha sido definido por la ley o por el derecho *sui generis*”. A primera vista, aquí tan sólo se contemplan los dispositivos técnicos que impiden o limitan las actividades sometidas al monopolio exclusivo del autor, ya sea el derecho de reproducción, de comunicación o el derecho moral.

No obstante, en la línea de los tratados de la OMPI, se precisa que sólo se protegerán los dispositivos efectivos y esta efectividad se define de manera que también cubre los sistemas de acceso a las obras. En efecto, “se considera que las medidas técnicas son eficaces siempre que se logra controlar la utilización de una obra o de cualquier otro objeto protegido mediante la aplicación de un código de acceso o cualquier otro procedimiento de protección que alcance su objetivo de forma operativa y fiable con la autorización de los derechohabientes”.

La protección atañe tanto a las tecnologías de acceso como a los sistemas que protegen los derechos exclusivos.

Australia y Japón han decretado una protección similar para los sistemas de control de acceso a las obras.⁷⁷

b) La conveniencia de un tercer nivel de protección

La protección jurídica de las medidas técnicas se suele presentar como un tercer nivel de protección de las obras. El primer nivel o primer “estrato” está constituido por el derecho de autor que asegura una protección general. Las medidas técnicas pueden entenderse como un segundo nivel o segundo estrato de protección, puesto que aseguran técnicamente la protección de la obra (o el control del acceso a la obra). Finalmente el artículo 11 de los Tratados OMPI ha abierto el camino para un tercer nivel de protección puesto que establece la protección de las medidas de protección: así la obra queda protegida por la ley y la técnica y, a su vez, la técnica queda protegida por la ley.

En consecuencia, el usuario que lleva a cabo una actividad sujeta a la autorización del autor y relacionada con una obra protegida por un sistema técnico es culpable de dos actos punibles: por una parte, la violación del derecho de autor y, por otra, la violación de las disposiciones relativas a las medidas técnicas.

Las consecuencias de esto pueden llegar a ser absurdas. Imaginemos que un usuario rompe la barrera técnica que impide la copia digital de la obra. Si el derecho de autor basta para acusarlo, ¿para qué añadir otra sanción por la neutralización del mecanismo de protección?

Por si fuera poco, un usuario puede neutralizar el blindaje para hacer una copia autorizada en virtud, por ejemplo, de alguna excepción o para acceder a la obra y, después, no realizar ninguna de las actividades que exigen autorización por parte de los titulares de derecho. También puede neutralizar el bloqueo para acceder a una obra de dominio público o a un contenido informativo no protegido. Pese a no haber cometido ninguna violación del derecho de autor podría ser acusado por el hecho de haber anulado las medidas técnicas. El mero acceso, en la medida en que se realice violando las medidas de seguridad, se vuelve ilícito.

Ahora bien, el derecho de autor no regula en un primer momento el acceso a la información. En el entorno analógico, el acceso a una obra y su consulta no necesitan de ninguna autorización del autor^{78. 78}. Generalmente leer un libro, ver una película, asistir un espectáculo o contemplar obras plásticas no conlleva ninguna actividad sujeta al derecho de autor. Por otro lado, es evidente que las autorizaciones necesarias para la explotación de la obra, tales como la exposición en museos, la impresión de un manuscrito, la distribución comercial de una película o el montaje de una obra de teatro deben ser debidamente solicitadas por el beneficiario antes de la utilización final de la obra.

La existencia de una protección del acceso a las obras a través de dispositivos técnicos tiene muchas consecuencias. Por ejemplo, un videojuego podría venderse en un CD-ROM que incluyera una protección técnica del acceso. El comprador legítimo podría verse enfrentado a la barrera técnica, ya sea después de varias partidas, ya sea porque no juega en una plataforma de la misma marca o porque no ha comprado las actualizaciones del juego. Si intenta desactivar la protección técnica podría ser acusado. Esta extensión del monopolio del autor sobre el acceso a su obra es francamente sorprendente. Podemos preguntarnos por el fundamento real de la protección de estas medidas: ¿acaso se refuerza el ejercicio y la efectividad del derecho de autor? ¿No se protege sobre todo la inversión dirigida al desarrollo y utilización de las medidas técnicas?

¿No es más bien la distribución de contenidos protegidos por el derecho de autor y su remuneración la finalidad principal de la protección? En el ejemplo del videojuego se puede admitir que el distribuidor o fabricante impongan contractualmente las condiciones de adquisición de su producto, tales como precios valederos para un

número limitado de usos o la obligación de jugar el juego en un estándar determinado. Pero estas condiciones concernientes a la compra y al uso de las obras no guardan relación con el derecho de autor. El apasionado de los videojuegos que quiera acceder a un juego para su utilización no efectúa ninguna actividad regulada por el derecho de autor, salvo el acto de reproducción provisional normalmente cubierto por una excepción. Puesto que el mero hecho de franquear la barrera está prohibido, con independencia de que los actos que se deriven de esta actividad sean o no lícitos, ¿no parece evidente que el objeto esencial de la protección es la barrera? En palabras de Y. Gendreau: *“La evolución ha sido rápida. También ha sido paradójica: aunque aún no se sabe a qué actividades afecta el derecho de reproducción, ya se están elaborando en el marco del derecho de autor sistemas que exceden el derecho de autor tradicional para controlarlas”*^{79 79}.

Cada nivel de protección de las obras debería reflejar el equilibrio esencial entre monopolio y acceso a la información. Este equilibrio, presente en el derecho de autor, debería trasladarse a los dispositivos técnicos y a su protección legal.

En términos generales, nos parece que aún se desconoce las consecuencias de la intervención de la técnica en los sistemas de protección de las obras. Ya se han protegido sistemas que el mercado ni tan siquiera ha desarrollado de una manera eficaz y generalizada. ¿No resulta esto prematuro? ¿No deberíamos dejar que el mercado se desarrollara antes de responder a una necesidad de protección que tal vez nunca exista? Lo cierto es que la tecnología parece aún poco consolidada si la comparamos con esta acuciante necesidad de protegerla.

El derecho común permite una protección razonable de los dispositivos técnicos a través de la legislación que persigue la criminalidad informática y la competencia desleal o mediante la protección de los sistemas de acceso condicional a los servicios audiovisuales. Este derecho común responde de manera suficiente a la demanda de la OMPI de una protección jurídica eficaz. La OMPI ha confirmado⁸⁰⁸⁰ que el artículo 11 del Tratado no obliga a los estados miembros a instaurar una protección jurídica específica si el marco legislativo existente satisface razonablemente la necesidad de protección^{81 81}.

Es preciso considerar por separado los dos tipos de protección que los estados otorgan a los dispositivos técnicos en el contexto de los derechos de autor: por una parte la actividad de neutralización y, por otra, las actividades preparatorias como la fabricación y la distribución de productos o servicios que permiten la neutralización.

1º La conveniencia de prohibir la neutralización

El propósito de las medidas técnicas de protección es disuadir a los usuarios de cometer actos prohibidos. El usuario normal no intentará forzar la protección técnica, principalmente porque la existencia misma de esta barrera le disuade de atentar contra la obra.

En caso de que anule la protección técnica, el usuario deberá responder, si fuera el caso, de un acto de violación del derecho de autor. Esta sanción nos parece suficiente; reforzarla con una sanción específica no aporta nada y establecería un mecanismo de protección de la inversión que, en nuestra opinión, carece de fundamento en el marco de la propiedad intelectual.

La vaguedad de las legislaciones respecto a la neutralización de las medidas técnicas cuando esta tiene por finalidad efectuar una reproducción sujeta a una excepción al derecho de autor suscita dudas acerca de su conveniencia. El problema de la interferencia de las excepciones y limitaciones al derecho de autor y de la protección

jurídica de las medidas técnicas constituye uno de los aspectos más complejos de esta materia. Hemos visto en el punto anterior cómo una medida técnica puede restringir fuertemente la capacidad del usuario para realizar actos permitidos en virtud de una excepción legal. El usuario podría tener la tentación de desbloquear la obra para el normal ejercicio de la excepción de la que es beneficiario.

Si lo hace podrá ser acusado, incluso aunque no haya realizado ninguna actividad contraria al derecho de autor. Los tratados de la OMPI parecen limitar las sanciones a los casos donde se viola el derecho de autor tras desactivar la barrera técnica pero los textos nacionales son menos claros acerca de este punto.

Igualmente hemos visto cómo la protección de estas técnicas alcanza generalmente a los sistemas de acceso. Por regla general los estados u organizaciones regionales, como la Unión Europea, han introducido o aprobado textos cuyo objeto no era sólo las tecnologías que protegen estrictamente los derechos de autor sino también las tecnologías que condicionan y controlan el acceso a las obras. Este punto es perspicuo en los textos americanos y australianos y se deduce también de la definición de medidas técnicas que aparece en la proposición comunitaria. En consecuencia, la protección del bloqueo técnico que impide el acceso a una obra consiste en la prohibición de su manipulación; esto instaura una protección de facto del acceso a la obra cuyo control pasaría a ser prerrogativa del titular del derecho, algo que la ley no prevé. Lo cierto es que la gran mayoría de los sistemas técnicos que se utilizan en la actualidad para proteger las obras son medidas basadas en la criptografía que, principalmente, impiden el acceso no autorizado a los contenidos codificados. El mero acceso a una obra mediante la anulación de una barrera técnica acarrearía una sanción aunque posteriormente no se cometa una violación del derecho de autor.

Se puede comprender perfectamente la preocupación por proteger las tecnologías que controlan el acceso. No obstante, surge más bien del deseo de proteger el acceso a los servicios que contienen las obras y, sobre todo, la remuneración del servicio. Se trata, por tanto, de una preocupación del explotador o del distribuidor antes que de una protección directa del derechohabiente. Los intereses que se protege a través de la sanción legal de las medidas electrónicas están ligados a la distribución de las obras en la Red y a la seguridad del comercio electrónico. Ciertamente dichos intereses precisan de alguna clase de protección como, por ejemplo, la directiva europea sobre el acceso condicional que únicamente prohíbe las actividades preparatorias, es decir, la fabricación y distribución de dispositivos que permiten la neutralización de los sistemas de acceso. Pero hay que reconocer que esta protección no se puede justificar por consideraciones ligadas a la propiedad intelectual. Aquí se trata de proteger el acceso a un servicio sin importar si conlleva o no el acceso a una obra protegida. Este desplazamiento del fundamento de la propiedad técnica y jurídica debería, cuando menos, suscitar una reflexión más profunda ya que se corre el riesgo de transformar la ley sobre el derecho de autor en una ley general de seguridad informática^{82 82}.

Estos dos puntos demuestran suficientemente que la prohibición de desactivar los dispositivos técnicos en el marco del derecho de autor equivaldría a establecer una nueva protección sobre una simple barrera técnica, sin tener en cuenta la legitimidad de las actividades que el usuario realice tras la desactivación.

2º La conveniencia de ilegalizar las actividades preparatorias

Las técnicas utilizadas para proteger las obras en las redes electrónicas no difieren de otros mecanismos de seguridad relativos a otro tipo de contenidos. Por ejemplo, la criptografía sirve tanto para proteger obras como para transmitir programas

televisados o difundir datos financieros o personales. En consecuencia, los dispositivos encargados de neutralizarlas tampoco son de naturaleza especial.

Por consiguiente, podría ser mas útil una protección de las técnicas generales de acceso a los contenidos digitales que una protección específica del derecho de autor. Algunos países han incluido esta protección en la legislación que regula los medios audiovisuales (disposiciones relativas al acceso condicional) o en la que persigue la criminalidad informática. En nuestra opinión, la protección del acceso condicional satisface adecuadamente las exigencias de la OMPI en este sentido.

Además, la cuestión del acceso público a ciertos contenidos siempre ha sido una cuestión central en el derecho audiovisual a partir de la cual han surgido las disposiciones relativas al acceso condicional. Por ejemplo, en una directiva europea sobre el acceso condicional se menciona la posibilidad de obligar a los prestatarios de servicios a garantizar el libre acceso a determinados acontecimientos de interés general para la sociedad, según lo previsto en la directiva Televisión Sin Fronteras, por ejemplo, en lo que concierne a los acontecimientos deportivos. Difícilmente podría tener cabida esta reflexión en el marco del derecho de autor que, generalmente, recurre a las excepciones previstas por la ley para garantizar el acceso a la información.

CONCLUSIÓN

Durante unos cuantos años más, Internet seguirá mereciendo su reputación de espacio definitivamente peligroso. Sin embargo, cada vez son más los autores, artistas y productores que se aventuran en él no sólo para evitar que los piratas y falsificadores campen a sus anchas sino también para dar a conocer y vender sus creaciones, servicios y productos. Esta apropiación o, quizá, reapropiación del espacio digital va acompañada de disposiciones tecno-legales cada vez más consistentes. Por una parte, se ha realizado numerosos esfuerzos legislativos para reforzar el derecho de autor y los derechos afines en la Red; por otra, la tecnología ha evolucionado o se ha adaptado para ofrecer una protección efectiva de los contenidos digitales. La ley también interviene para proteger estas tecnologías de la protección.

Según hemos visto, en ciertos casos, este doble esfuerzo ha sido percibido como una ampliación de los derechos de la propiedad intelectual. Es más, podemos concluir que el derecho de autor y los derechos afines han salido reforzados de su batalla frente a los desafíos digitales. No obstante, esta guerra, o lo que algunos han querido denominar así, adquiere una nueva dimensión si se considera en el contexto de la transformación que está experimentando nuestra sociedad y nuestra economía. En el contexto actual de expansión del comercio electrónico —que cada vez carcome más el espacio libre de las redes— nada se comparte, todo se vende; el acceso a la cultura, al ocio, al arte y a la información es de pago y está severamente controlado, los compradores son cuidadosamente etiquetados y encasillados a fin de conquistar su fidelidad. Así pues, la gran comunidad virtual con la que soñaban los primeros cibernautas ha quedado fragmentada en una miríada de pequeñas comunidades; ahora acceder a la información tiene un precio, ya sea en dinero contante y sonante o en datos personales. *“Esta nueva era verá cómo las redes reemplazan al mercado y la noción de acceso sustituye a la de propiedad”*, anuncia Jeremy Rifkin⁸³.⁸³ En lo sucesivo, la clave para la protección de estas redes-mercados no será tanto el derecho a la propiedad o el derecho de autor como la persecución de la criminalidad informática, la protección jurídica de los dispositivos técnicos y del acceso condicional y el derecho contractual. Los nuevos amos de la economía virtual, en la medida en que disponen de los derechos sobre un enorme número de recursos intelectuales, ejercerán el *“control sobre las condiciones en las que los usuarios pueden acceder a las ideas, conocimientos y elementos periciales más apreciados”*⁸⁴.⁸⁴

El derecho de autor corre el riesgo de contribuir a esta apropiación de los recursos intelectuales por parte de una minoría, poniendo en jaque la capacidad de la mayoría para acceder a una gran cantidad de información. La monopolización de la información por las bases de datos, la reducción de las excepciones y las limitaciones al derecho de autor, la puesta en marcha del derecho de los contratos y los dispositivos técnicos son las armas de las que dispone el legislador para precipitar el conflicto. La ruptura del equilibrio inherente a la propiedad intelectual ya ha sido ampliamente denunciada. Desgraciadamente, si bien el derecho de autor cuenta con suficientes grupos de presión, el otro lado de la balanza se encuentra mucho menos protegido. Son pocos los colectivos que trabajan en favor de los usuarios de las obras, de las instituciones de enseñanza, de la investigación, de la transmisión del saber y la cultura o del interés general de la sociedad. No obstante, es urgente que se escuche su voz para que la política cultural y la difusión de las ideas y las creaciones vuelvan a ser aspectos centrales del derecho de autor.

Séverine DUSOLLIER
Centre de Recherches Informatiques et Droit
Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix
Namur, Bélgica
5 Rempart de la Vierge
5000 Namur – Bélgica
Tel: +32 81 72 47 60
Fax: + 3281 72 52 02
Severine.dusollier@fundp.ac.be

Índice

INTRODUCCIÓN	1
1° LA TRANSFORMACIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN UN SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN: EL CASO DE LA PROTECCIÓN DE LAS BASES DE DATOS	6
a) La protección de las bases de datos mediante un derecho <i>sui generis</i>	6
b) La protección de las bases de datos al margen de la propiedad intelectual	13
2° EL FUTURO DE LAS EXCEPCIONES EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	14
a) Las excepciones y las limitaciones al derecho de autor	14
b) ¿Hacia una reducción de las excepciones en el ámbito digital? ..	15
c) Las excepciones en tanto que principio fundamental del derecho de autor	21
3° LA UTILIZACIÓN DE CONTRATOS Y MEDIDAS TÉCNICAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR	28
3.1 CONTRATO Y DERECHO DE AUTOR	29
a) La aparición de licencias electrónicas	29
b) La cuestión del estatuto de las excepciones	31
3.2 MEDIDAS TÉCNICAS Y DERECHO DE AUTOR	34
a) La tecnología al servicio del derecho de autor	34
b) El acceso a la obra y el ejercicio de las excepciones en el marco de los sistemas técnicos	42
c) Medidas técnicas y excepciones: algunas soluciones	44
3.3 PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS SISTEMAS TÉCNICOS ...	47

a) El artículo 11 del Tratado OMPI y los textos nacionales	47
b) La conveniencia de un tercer nivel de protección	49
CONCLUSIÓN	56

¹ L. GUIBAULT, "Limitations found outside copyright law", en *Les Frontières du droit d'auteur : ses limites et exceptions*, Jornadas de estudio de la ALAI, op. cit., p. 43.

⁵⁰ J. SPOOR, op.cit., p.37; L. GUIBAULT, "Document de discussion sur la question des exemptions et limitations au droit d'auteur et aux droits voisins à l'ère numérique", Informe para el Consejo de Europa. Grupo de especialistas en la protección de los derechohabientes en el sector de las comunicaciones, 1998; I. TROTTER HARDY, "Contracts, copyright and preemption in a digital world", 1 *Rich. J. L. & Tech.* 2 (1995), <http://www.urich.edu/~jolt/v1i1/hardy.html>

⁵¹ A. LUCAS, *Droit d'auteur et numerique*, op. cit. p.171

⁵² HUGENHOLTZ, "Fierce creatures...", op. cit.; PALLAS LOREN, op. cit., p. 21; L. GUIBAULT, op.cit.; TH. VINJE, "Copyright Imperilled", *E.I.P.R.*, 1999/4, p. 197.

⁵³ Artículo 23 bis de la ley belga del 30 de junio de 1994 sobre el derecho de autor y derechos afines. Los informes japoneses y americanos en las Jornadas de estudio de la ALAI de 1998 indican que las excepciones no podrían ser eliminadas por contrato. Sin embargo, estos informes no especifican si se trata de una regla legislativa, jurisprudencial o doctrinal. H. SAITO, "Rapport National: Japon", en *Les Frontières du droit d'auteur: ses limites et exceptions*, Jornadas de estudio de la ALAI, op.cit., p. 297; "Rapport national: Mexique", ibidem, p. 302.

⁵⁴ B. HUGENHOLTZ, "Adapting copyright to the information superhighway" en *The Future of Copyright in a Digital Environment*, Kluwer, 1996, p.94; véase además L. GUIBAULT, op. cit.

⁵⁵ CH. CLARK, "The answer to the machine is in the machine" en *The Future of Copyright in a Digital Environment*, op.cit., p.139-146.

⁵⁶ D. GERVAIS, *Gestion électronique des droits et systèmes d'identificateurs numériques*, Comité consultivo de la OMPI sobre la gestión del derecho de autor y derechos afines en el marco de las redes mundiales de información, Primera sesión, Ginebra, 14 y 15 de diciembre de 1998.

⁵⁷ También puede tratarse de un disquete que se inserta en el ordenador cuando el usuario quiere utilizar el programa. El programa sólo funcionará a condición de que el disquete esté en posesión del usuario.

⁵⁸ Los *dongles* y las tarjetas digitales (*vide supra*) también pueden desempeñar una función de control del acceso.

⁵⁹ Ley 90-1170 del 29 de diciembre de 1990, *D. O.*, 30 de diciembre de 1990, p. 16439

⁶⁰ J. HUBIN, Y. POULLET con la colaboración de B. LEJEUNE y P. VAN HOUTTE, *La Sécurité informatique, entre technique et droit*, Cahier du CRID n° 14, Bruselas, Story-Scientia, 1998.

⁶¹ S. DUSSOLIER, *Le droit d'auteur et son empreinte digitale*, *Ubiquité*, n° 2, mayo 1999, p 31-47.

⁶² R. LEYMONERIE, *Cryptage et Droit d'auteur*, *Les Cahiers de la Propriété Intellectuelle*, 1998, Vol. 10, n° 2, p. 423; véase también D. GUINIER, *La stéganographie, De l'invisibilité des communications digitales à la protection du patrimoine multimédia*, *Expertises*, junio de 1998, p. 186-190.

⁶³ Estos bits son inútiles en el sentido de que en las imágenes y en el sonido hay un gran número de bits cuya supresión o modificación no comporta ninguna consecuencia perceptible para el oyente o para el espectador. Por ejemplo, en el caso de una obra sonora, la línea de código numérico que permite la marca se inserta en los bits de frecuencias inaudibles para el oído humano.

⁶⁴ A modo de ejemplo cabe citar la biblioteca del Vaticano cuyos documentos más valiosos han sido digitalizados y puestos a disposición del público *on-line* pero siempre cubiertos con el sello del Vaticano, esto impide cualquier tipo de reutilización comercial.

⁶⁵ B. HUGENHOLTZ, "Copyright, contract and technology", op.cit.

⁵⁶ R. JULIA-BARCELO, "Electronic contracts = A new legal framework for electronic contracts: the EU electronic commerce proposal", *C.L.S.R.*, 06/1999, n° 15/3, pp. 147-158.

⁶⁷ S. GAUTHRONET ET F. NATHAN, *On-line services and data protection and the protection of privacy*, estudio realizado por encargo de la Comisión Europea, DG XV, p. 31.

⁶⁸ M. LEDGER Y J.P. TRIAILLE, "Dispositions contre le contournement des dispositifs techniques de protection, in Copyright in Cyberspace", *ALAI Study Days*, Amsterdam, junio de 1996, Ed. ALAI, 1997. <http://www.droit.fundp.ac.be/espacedroit/textes> ; D. GERVAIS, *Electronic Right*

Management Systems (ERMS), The next logical step in the evolution of rights management, (1997), véase http://www.copyright.com/stuff/ecms_network.htm

⁶⁹ SAMUELSON, P. (1996), "The Copyright Grab", *Wired 4.01*; TH; VINJE, "A brave new world of technical protection systems: will there still be room for copyright?", *E.I.P.R.*, 1996/8, p. 431; M. LEDGER & J.P. TRIAILLE, op. cit; J. COHEN, "Some reflections on copyright management systems and laws designed to protect them", *Berk. T. L. J.*, Vol. 12, n° 1, 1997, p. 9.

⁷⁰ S. DUSOLIER, "Incidences et réalités d'un droit de contrôler l'accès en droit européen" en *Le Droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres ?*, *Cahier du CRID* n°18, Bruylant, 2000 (en prensa).

⁷¹ L. GUIBAULT, "Limitations found outside copyright law", op.cit.

⁷² Artículo 6 (4) de la posición común del 8 de junio de 2000.

⁷³ J. GINSBURG, "Chronique des Etats-Unis", *R.I.D.A.*, enero de 1999, pp. 147 y s.

⁷⁴ S. DUSOLIER, "Electrifying the fence: the legal protection of technological measures for protecting copyright", *E.I.P.R.*, 1999/6, pp. 285-297.

⁷⁵ Un análisis de las disposiciones americanas, europeas y australianas aparece en S. DUSOLIER y A. STROWEL, *La protection légale des systèmes techniques*, Seminario sobre la puesta en marcha del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor (WCT) y del tratado de la OMPI sobre interpretaciones, ejecuciones y fonogramas (WPPT), Ginebra, 6-7 diciembre 1999.

⁷⁶ J. GINSBURG, "Chronique des Etats-Unis", op.cit.; P. SAMUELSON, "Intellectual property and the digital economy: why the anti-circumvention regulations need to be revised", *Berk. Tech. L.J.*, 1999, vol. 14, p. 519.

⁷⁸ J. LITMAN, "The exclusive right to read", *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 1994, p. 42; S. DUSOLIER, "Incidentes et réalités d'un droit d'accès...", op.cit.

⁷⁹ Y. GENDREAU, "Le droit de reproduction et Internet", *R.I.D.A.*, enero de 1999, p. 55.

⁸⁰ Intervención de Kurt Kemper, Seminario sobre la puesta en marcha de los Tratados de la OMPI, 6-7 de diciembre 1999, Ginebra.

⁸¹ Véase, en este sentido, A. Lucas, *Droit d'auteur et numérique*, op.cit. pp. 273 y s.

⁸² P. SAMUELSON, "Intellectual property and the digital economy : why the anti-circumvention regulations need to be revised", *Berk. Tech. L.J.*, 1999, vol.14, p. 519.

⁸³ J. RIFKIN, *L'âge de l'accès – La révolution de la nouvelle économie*, La Découverte, 2000, p. 10.

⁸⁴ J. RIFKIN, op.cit., p. 12.